

## フオイエルバッハの不能犯論\*

振 津 隆 行

### I.

未遂・不能犯論につき、主観説と客観説の対立があったが、わが国では主観説の後退とともに客観説が一般的に通用している。もっとも、客観説内部で、とくに不能犯論につき具体的危険説によるべきか、客観的危険説によるべきかが、いわゆる行為無価値論と結果無価値論との対立から多様な論争がなされてきており、ここでも百家争鳴の観を呈し、問題が蟄集して帰一することがないと云ってよい。例えば、具体的危険説を採る論者にあっても行為時の事前判断によるとするのが主流であるが、一部事後判断を導入する見解もあり、また、特に行為者主観をも考慮するというのも主流であるが、これを排除する見解もある。他方、客観的危険説にあっても、事後判断によるとするのが基礎になっているが、その内部で純粹に客観的判断を貫徹しようとする見解から、一部修正を加え一定程度の抽象化を認めようとするものまで多様な諸見解が提示されている。もっとも、客観的危険説は事後判断と行為者主観の排除という点は確固たる前提として維持されていると思われるが、その判断基底と判断尺度につき何らかの修正を加えるのが今日客観的危険説の主流になりつつあるように思われる。

そこで、本稿ではまずは「不能犯論」の始祖と考えられるフオイエルバッハの所説を考察・検討していきたいと思う。

---

※ 本稿は、もともと「不能犯論の考察」として、不能犯論全体を構想したものであるが、私の勤務先の定年が近づいてきたので、とりあえずまずはフオイエルバッハの部分のみを独立化した形で公表することにしたものである。

## II.

「不能犯」という概念をそもそも最初に問題にしたのは、パウル・ヨハン・アンゼラム・フォイエルバッハであった<sup>(1)</sup>。宗岡嗣郎教授等の言われるごとく、不能犯論は1804年に著わされたフォイエルバッハの『クール＝プファルツ＝バイエルン国刑法典のためのクラインシュロート草案批判<sup>(2)</sup>』によって、刑法上の問題として登場したのである<sup>(3)</sup>。

フォイエルバッハの見解については、詳細な宗岡教授の先行業績が存在するので<sup>(4)</sup>、ある程度の重複は避けられないが、可能なかぎりそれを避けつつ論述していきたい。

さて、「不能犯」が問題となるようになったのは、先にも触れたごとく比較的近時のことである。この点は、野村稔教授の歴史的・比較法的な詳細な先行業績が存在するので、それらについてはそれに委ねたい。同教授のモノグラフ『未遂犯の研究』28頁に以下の記述がある。すなわち、「不能犯に関する規定を設けることはカリリナ法典にとっては考えられなかった。なぜなら、その論争自体はフォイエルバッハによって三世紀後になってはじめて現われたのである<sup>(5)</sup>。」と。

さて、フォイエルバッハは1804年の先の『クラインシュロート刑法草案批

(1) 野村 稔『未遂犯の研究』（成文堂 1984年）28頁、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（成文堂 1990年）49頁。なお、宗岡教授の本書52頁注(3)では、1806年のティットマンの体系書において「不能犯」が始まるという解釈も可能である旨の記述があるが、ティットマンの当該部分を読んだがそこに不能犯が明確に表現されていないのであって、やはり不能犯はフォイエルバッハをもって嚆矢とすべきであろう。Vgl. D. Karl August Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und deutschen Strafgesetzkunde, Erster Teil, 1806 (Nachdruck 1986), S.266 ff.

(2) Paul Johan Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einen peinlichen Gesetzbuch für die Chur=Pfalz=Bayrischen Staaten, 1804.

(3) 宗岡・前掲注(1)49頁、野村・前掲注(1)28頁等参照。

(4) 宗岡・前掲注(1)49頁以下。

(5) 野村・前掲注(1)28頁。

判』において、本草案の第 1452 条につき批判を加えた。本条文は姦通罪の規定であって、「だれかが無効なやり方で既婚で、しかしながら彼がその結婚を善意で有効なものと思っているとすれば：彼が他の人と同衾するときには姦通罪で有責ならしめられる」とする規定である。フォイエルバッハによれば、無効な結婚の前提のもとでは、姦通罪は第 1452 条によって可能ではなく、かくして姦通罪は既遂とならない。すなわち、「ある犯罪の未遂は、その犯罪者が犯罪を犯すために外部的な行為を行ったということ、およびこれらの行為からその違反が現実には発生しえたということを必要とする。」とし、かくして、ここでは決して姦通罪の未遂は思考可能ではない。しかし、その信念が忌々しく、彼意思を通じて、最終的にその婚姻を破ったということ——それ故に、民事的に処罰されるところでは、同じく既遂の姦通罪も未遂の姦通罪も存在しないのである。——まさに、犯罪の道徳的刑罰と倫理的侵害のこの観念は、獣姦罪において最も目立って示される。獣姦は草案によれば、3-4 年の重労働をさせる懲役場の刑罰をもって規定されている。男性間の男色は、この刑罰の 3 分の 2 でもってのみ科せられている（第 1541 条-1543 条）。男色は彼が自身で品位を落とし、無気力にすることを通じて、他人の健康を侵害するものである。すなわち、彼は一般的に女たらしであり、他人のおそらくは望ましい若者あるいは年少者の名誉、純潔、倫理性を害するのである。したがって、獣姦は自己のみを軽蔑し、そして民事的配慮の中で、自己恥辱によって自らの気力を浪費するところの者より、より有害ではない、と書かれているのである<sup>(6)</sup>。すなわち、男性間のホモ行為の方がより害が大きいにもかかわらず、獣姦の方をより重い処罰規定をもって臨むのは、フォイエルバッハによれば納得いかないというのである。

もっとも、この『批判』の中で重要なことは、前述の「ある犯罪の未遂は、その犯罪者が犯罪を犯すために外部的な行為を行ったということ、およびこれ

(6) *Feuerbach, Kritik [Fn.2], S.56 ff.*

らの行為からその違反が現実には発生しえたということを必要とする。」という箇所である。ただ、この部分は姦通罪に関して述べられたものにすぎず、それらの文脈からこれを一般化することはできず、カズイスティッシュなものに止まるが、フォイエルバッハの不能犯論に関する見解の萌芽を見出すことができる。

### Ⅲ.

さて、フォイエルバッハが大学教官として教職にあったのは、1799年から1805年までのたった6年間にすぎないが、彼はその間に多数の著作を公刊したのである。とくに、彼は1801年に『教科書』の初版を、1803年にはその第2版、1805年にはその第3版を出版したのである。それらの『教科書』の初版、第2版では、未だ可罰的な未遂と不可罰的な未遂との間の根本的な区別はなされていなかった。もっとも、18世紀の重要な刑法解釈学者であるヨハン＝サムエル・フリードリッヒ・ペーマー（1704年－1770年）が、晩年の1770年に公刊したカロリナ法典の注釈書『カロリナ法典論』（『Meditation in Const. Crim. Carolina』）では、行為者は毒物と思っているが実は無害な物質を用いるのは、殺人未遂にならないという見解をとっていた（第130条第1節[§. I zu Art. 130]<sup>(7)</sup>）。ところが、フォイエルバッハは、『教科書』の初版<sup>(8)</sup>と第2版<sup>(9)</sup>

(7) カロリナの第130条は、以下のように規定していた。

「まず、密かに毒を盛る者どもに対する刑罰につきて

第百三十条 さらに、毒をもって何びとかの身体または生命を損なう者は、それが男なる場合には、予謀をもってする殺人者と同様に、車輪をもって死へと罰せられるべし。されど、女がかかる非行を犯すときは、彼女は溺殺せらるべく、しからずば、状況に應じ、他の仕方にて、生より死へと処刑せらるべし。されど、さらにその他の恐るべきことあるときは、かかる悪しき非行者どもは、最後に死刑に処せらるるに先き立ち、謀殺につきて規定せられているごとくに [=第百三十七条]、それらの人物および殺害方法の衡量によりて、曳き摺らるるか、または灼熱せる火挟みもて体中に何度かの突き入れが、あるいは多く、あるいは少なく、行なわるべし。」と規定していた（塙 浩訳著『フランス・ドイツ刑事法史』塙 浩著作集 4 『西法史研究』（信山社 1992年）198-199頁。

では、このペーマーの見解を奇妙な(sonderbar)見解だと注記していたのである。すなわち、彼は「投毒の犯罪は、1)その者が有効な毒であるが、しかし効果の無い毒を供与したとき、2)侵害する意図で犯罪者が、単に想像上の毒を供与したときには、終了したものである。」(傍点原文イタリック)として、ペーマー説を批判し、注記していたのである。これに対し、1805年の第3版では、ペーマー説批判の部分が削除されたが、未だ不能未遂の定義は見出されないのである<sup>(10)</sup>。この点は、前記の1804年の『クラインシュロート草案批判』の影響が第3版に反映したものとも思われる。

#### IV.

さて、以上のような経過をたどったフョイエルバッハは、1805年に教職を去り、ミュンヘンの正枢密顧問官補に補せられ、バイエルンの刑法草案の実体法部分を完成させたが、その直後の1808年2月9日に出版したその『教科書』の第4版において、可罰的な未遂と、不能未遂との区別に関する定義が出現するに至ったのである。行為への結果の様々な諸関係という表題のもと、第42節で、「ある一定の違警罪は、重罪の概念に属するすべてのことが行われ、かつすべてのことが有効であったときに、初めて完成する(既遂犯、del. consum-

(8) *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, S.221, Fn.\*\*).

(9) *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 2., verb. Auflage, 1803, S.218, Anm. a. なお、初版は[geltenden]であるが、2版以降[gültigen]にタイトルが変更された。

(10) *Feuerbach*, Lehrbuch [Fn.8], 3. Auflage., 1805, S.46 f. und 218 (原典に当たった)。この点につき、vgl. *Georg Schüler*, Der Mangel am Tatbestand, (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 181), 1914, S.14. なお、*Eberhard Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 2., unveränderte Auflage, 1989, S.48では、「それに対して、1805年の第3版(S.218)において彼は転回し、そして、今やその可罰性を否定した」とあるが、誤りである。キッパー自身、その著の45頁注(19)で、シューラーを引用しているからである。したがって、本書の訳書、西村克彦訳『近代刑法学の父 フョイエルバッハ伝』(良書普及会 1979年)41頁も誤りということになる。

matium.)。だが、完全な重罪の惹起へと意図的に向けられた外部的行為は、…  
 …1)既遂が自由な意思の変更からではなく、単に外部的な障碍のために生じないとき、2)行為それ自体が、その外部的な属性のために（間接的であれ直接的であれ、少なかれ多かれ）意図した犯罪と因果関係にあるとき(im Causalzusammenhang steht)——すなわち、客観的に危険である(objektiv gefährlich ist)ときには、それ自体ですでに違警罪(Übertretung)であり、そして処罰される。b)<sup>(11)</sup>」(傍点原文イタリック)と書かれているのである。すなわち、これを逆に言えば、結果へと向けられた行為が、因果関係にはなく、客観的に危険でないときには犯罪は成立しない、すなわち不可罰的な不能犯ということになる。このことは、本文注 b)で、以下のように述べていることで明らかとなる。すなわち、「民事的可罰性は外部的な法に反する行為なくしては可罰的ではないのだから、ある行為はしかし、それが法を侵害しあるいは危殆化するときのみ（外部的に）違法である。違法な意図自体はいかなる行為にも違法性のメルクマールを与えるものではない。想像上の(vermeintlich)の毒を供与(Mittheilung)する犯罪とか、死体への殺人未遂のようなものを語る者は、道徳(Moralische)と法(Rechtliche)を混同し、保安警察(Sicherrungspolizei)の事由を刑罰権と混同するのであって、そして彼の隣人を——呪い殺さんがために、礼拝堂に巡礼するそのようなバイエルン人もまた、可罰的な殺人未遂で有責と認識しなければならないことになろう<sup>(12)</sup>」(傍点原文イタリック)と注記されているのである。ここに、フォイエルバッハの道徳の問題(Moralität)と法の問題(Legalität)を峻別したカンティアナーとしての一面と同時に、とりわけ不能犯の問題が淵源するのであり、まさにフォイエルバッハが不能犯論の始祖であるゆえんもここにあるのである。

そして、この見解は、フォイエルバッハが彼の死によって（1833年死去）、彼自身の手による『教科書』の11版（1832年）まで変わることなく維持され続けたのである<sup>(13)</sup>。

(11) Feuerbach, Lehrbuch [Fn.8], 4. Auflage, 1808, §42 (S.42 f.).

(12) Feuerbach, Lehrbuch [Fn.8], 4. Auflage, S.43 f, Fn.b).

かようにして、フョイエルバッハにより不能犯の問題性が初めて明確に呈示されるに至ったのである。

## V.

以上のような経緯をたどって、フョイエルバッハにより初めて不能犯の問題が明確に定義・呈示されたのであり、その功績は極めて重要なものといえよう。これ以降、未遂・不能犯の問題性が客観説・主観説に分れて極めて活発な議論の展開をみるに至るのである。

(2013 年 12 月 30 日稿)

---

(13) *Feuerbach, Lehrbuch* [Fn.8], 11. verbesserte Ausgabe, 1832, S.35 f. und 36 Fn.c). Noch vgl., *Schüller, Tatbestand* [Fn.10], S.15 und Fn.27. ちなみに、ミッターマイヤーによれば、1808 年のフョイエルバッハの刑法草案の未遂に関する第 60 条（不可罰の不能犯）は、以下のような条文であったようである。すなわち、「外部的行為がそれによって目指された犯罪と全く関連がなく、そこでそれが自然の経過によれば、まったくそこから生じえないときには、未遂としては罰しない。」（„Der Versuch ist von Strafe frei, wenn die äußere Handlung mit dem dadurch beabsichtigten Verbrechen in gar keinem Zusammenhange steht, sodaß es nach dem Laufe der Natur schlechterdings nicht daraus entstehen konnte.“）と規定していたようである（*Carl Josef Anton Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft*, in GS, Bd.11, 1859, S.406）。なお、フョイエルバッハの 1824 年の未遂犯に関する諸規定については、ゲルノート・シュエベルト著山中敬一訳『1824 年バイエルン王国刑法典フョイエルバッハ草案』（関西大学出版部 1980 年）154–162 頁等参照。